

Publicato il 16/07/2021

N. 00713/2021REG.PROV.COLL.
N. 00458/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 458 del 2021, proposto dalla società Jonica 2001 soc. coop. in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento Sorbello Alfio s.r.l. e Co.Cer. soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Catalioto, Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Massimo Blandi in Palermo, via Emilia n. 23;

contro

Autorità di sistema portuale dello Stretto di Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

nei confronti

Consorzio stabile Progettisti e Costruttori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo

Cancrini, Nicola Seminara e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) n. 904/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio stabile Progettisti e Costruttori e dell'Autorità di sistema portuale dello Stretto di Messina ed il ricorso incidentale dallo stesso proposto;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2021, tenutasi *ex art.* 4 del d.l. n. 84 del 2020 e *ex art.* 25 del d.l. n. 137 del 2020, così come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 44/2021, il Cons. Sara Raffaella Molinaro,

Uditi per le parti gli avvocati Fabio Cintioli, Nicola Seminara e Francesco Vagnucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la gara aperta di rilevanza europea, indetta dall'Autorità portuale di Messina con bando pubblicato in data 28 dicembre 2018 sulla GUCE e il 21 gennaio 2019 sulla GURI, da aggiudicarsi ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. 50/2016 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'esecuzione di tutti i lavori, le forniture e le prestazioni necessarie per la realizzazione del "*Progetto per la riqualificazione e rifunzionalizzazione degli Uffici e del padiglione d'ingresso della Fiera di Messina*", con importo a base d'asta fissato in € 9.885.895,90, oltre oneri per la sicurezza pari a complessivi € 573.185,35, non soggetti a ribasso.

2. Nella seduta pubblica del 22 novembre 2019 la Commissione ha formato la graduatoria finale in cui il Consorzio Stabile Progettisti Costruttori (di

seguito: “Consorzio Stabile”) si è collocato al primo posto, con il punteggio complessivo di 91,19577, e il raggruppamento Jonica 2001 soc. coop. - Sorbello Alfio s.r.l. - Co.Cer. soc. coop. (di seguito: “raggruppamento Jonica”) al secondo posto, con il punteggio complessivo di 89,79260, con uno scarto di 1,40317 punti. Sottoposta a verifica l’offerta del primo classificato in data 13 dicembre 2019, il rup, con nota del successivo 19 dicembre, ha comunicato alla Commissione di gara la mancanza di elementi in base ai quali ritenere immotivata o anomala la relativa offerta. Nella seduta pubblica del 27 dicembre 2019, la Commissione ha formulato la proposta di aggiudicazione in favore del Consorzio Stabile e, con decreto presidenziale n. 20 del 18 dicembre 2020, veniva formalizzata detta aggiudicazione.

3. Il raggruppamento Jonica ha, quindi, impugnato l’aggiudicazione e gli ulteriori atti di gara, deducendo plurimi vizi e avanzando domanda di declaratoria d’inefficacia, ai sensi dell’art. 122 c.p.a., del contratto eventualmente stipulato in pendenza di gravame, con riformulazione della graduatoria con esito favorevole alla ricorrente e conseguente diritto alla stipula del contratto, ovvero per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi dell’art. 124 c.p.a.

4. Il Consorzio Stabile ha spiegato *ricorso incidentale* impugnando il provvedimento di ammissione della ricorrente principale Jonica 2001 soc. coop., in costituendo r.t.i. con le imprese Sorbello Alfio s.r.l. e Co.Cer. soc. coop., alla gara per l’affidamento dei lavori di riqualificazione dell’edificio Uffici e padiglioni della Fiera di Messina e le connesse e consequenziali operazioni di gara, nei limiti dell’interesse della ricorrente incidentale al mantenimento della disposta aggiudicazione, aventi come presupposto l’ammissione alla gara della ricorrente principale, chiedendo, per l’effetto, la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

5. Il raggruppamento Jonica ha impugnato con motivi aggiunti il contratto sottoscritto in data 1 dicembre 2020 rep. n. 1476.

6. Il Tar Sicilia – Catania ha rigettato il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.
7. Il raggruppamento Jonica ha appellato la sentenza con ricorso n. 458 del 2021, corredato da istanza cautelare.
8. Consorzio Stabile ha spiegato appello incidentale riproponendo le censure dichiarate improcedibili dal primo Giudice.
9. Con ordinanza 7 maggio 2021 n. 312 questo CGARS ha accolto la domanda cautelare al solo fine della fissazione dell'udienza di merito, che è stata fissata per il 7 luglio 2021.
10. Nel giudizio di appello si è costituita l'Autorità del sistema portuale dello Stretto di Messina.
11. All'udienza del 7 luglio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

12. L'appello principale è fondato.

L'appello incidentale non è meritevole di accoglimento.

13. Con il primo motivo l'appellante, Jonica 2001, ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha dichiarato inammissibile ed infondato il primo motivo del ricorso introduttivo. Con questo è stato rilevato che, in fase di verifica dell'anomalia, l'aggiudicataria non è stata in grado di giustificare l'offerta per l'importo originariamente proposto, dovendolo quindi modificare.

13.1. Il Tar ha dichiarato il motivo inammissibile in quanto l'odierna appellante non avrebbe fornito la cd. prova di resistenza. In particolare il giudice di primo grado ha ritenuto che *“la ricorrente principale non ha comprovato la rilevanza dell'asserita <<differenza di prezzo>> in punto di attribuzione dei punteggi alle offerte economiche”* e che, in ogni caso, quand'anche *“si attribuisse al Consorzio il punteggio corrispondente al ri-basso che la ricorrente ritiene essere stato effettuato dalla controinteressata in sede di giustificazioni, la somma dei punteggi per l'offerta tecnica e per l'offerta economica del Consorzio sarebbe superiore e il Consorzio manterrebbe l'aggiudicazione”*.

13.2. L'appellante ha criticato detto capo della sentenza in quanto la censura dichiarata inammissibile non determina una diversa attribuzione di punteggio ma la stessa esclusione dalla gara della ricorrente, non necessitando quindi del superamento della prova di resistenza.

13.3. La doglianza è fondata ma non è dirimente in ragione del fatto che la censura qui in esame è stata poi respinta nel merito da parte del Tar, che anzi nel dispositivo ha optato per una reiezione del ricorso (non per una parziale inammissibilità).

Nondimeno il Collegio scrupola prioritariamente il profilo di rito, considerato anche l'esito della presente pronuncia in punto di merito (accoglimento della censura sostanziale relativa alla modifica dell'offerta da parte dell'aggiudicataria).

L'interesse ad agire è dato dal rapporto tra situazione antiggiuridica che viene denunciata e provvedimento che si domanda per porvi rimedio, nel senso che quest'ultimo deve rappresentare lo strumento utile per assicurare all'interesse leso la protezione accordata dal diritto (Ad. plen. 26 aprile 2018 n. 4).

Nel caso di specie Jonica 2001 aspira a trarre dall'iniziativa giurisdizionale l'aggiudicazione della gara (Cons. St., sez. V, 18 giugno 2019 n. 4117).

La società appellante è risultata seconda nella graduatoria della gara. La Commissione, nella seduta pubblica del 22 novembre, ha infatti stilato la graduatoria, nella quale la controinteressata si è classificata al primo posto con il punteggio complessivo di 91,19577 mentre al secondo posto si è posizionata l'appellante con punti 89,79260 (verbale n. 32).

Successivamente la Commissione, nella seduta pubblica del 27 dicembre 2019, ha dato comunicazione dell'esito della verifica di anomalia e ha formulato la proposta di aggiudicazione al raggruppamento avente come mandatario il Consorzio Stabile Progettisti Costruttori (verbale n. 33).

Con decreto 18 febbraio 2020 n. 20 il Presidente dell'Autorità di sistema portuale dello Stretto ha aggiudicato la gara al raggruppamento risultato primo in graduatoria.

L'appellante, risultata seconda in graduatoria, ha quindi gravato l'atto di aggiudicazione prospettando un motivo di esclusione dell'aggiudicataria. L'(eventuale) accoglimento del motivo è di per sé idoneo a determinare il raggiungimento dell'utilità evidenziata in ricorso in quanto determina l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara, così rendendo di per sé raggiungibile (fatte salve le verifiche e i controlli di competenza della stazione appaltante) l'anelata aggiudicazione: non è quindi dovuta la prova di resistenza (Cons. St., Sez. III, 9 marzo 2020 n. 1710).

Laddove l'art. 83 comma 9 del d. lgs. n. 50 del 2016 esclude in radice che le irregolarità essenziali dell'offerta economica e dell'offerta tecnica possano beneficiare del soccorso istruttorio (Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1030), impone infatti, nel caso si verificano dette irregolarità, di escludere il concorrente dalla gara (che il ricorrere di irregolarità non essenziali consente invece di intraprendere un percorso di superamento delle medesime al fine proprio di evitare la sanzione espulsiva).

La valutazione dell'interesse a ricorrere prescinde quindi, in tale caso, dal superamento della c.d. prova di resistenza, ossia della prova che, in mancanza delle illegittimità denunciate, la ricorrente avrebbe vinto la gara, che è tipicamente dovuta allorquando vengono censurati profili che non portano all'esclusione dell'aggiudicataria ma ad una diversa attribuzione del punteggio, dovendosi in tal caso provare che la censura prospettata possa produrre l'esito sperato rispetto alla graduatoria.

13.4. La doglianza merita quindi di essere accolta e la sentenza di primo grado di essere riformata sul punto, con conseguente ammissibilità della censura dedotta con il ricorso introduttivo.

13.5. Nel merito la doglianza è meritevole di accoglimento.

Il bando contiene la previsione di un importo a base d'asta pari a “9 885 895,90 EUR + OS non soggetti a ribasso”.

Dalla tabella 2.A del capitolato speciale d'appalto risulta che “oneri non soggetti a ribasso” ammontano a € 573.185,35, derivanti dalla somma di euro 344.027,63,

quali costi della sicurezza di cui al Piano di sicurezza e coordinamento, e di euro 229.157,72, quali costi aziendali della sicurezza.

La circostanza che gli oneri non soggetti a ribasso ammontino a € 573.185,35 e comprendano tanto i costi della sicurezza di cui al Piano di sicurezza e coordinamento, che i costi aziendali della sicurezza non può essere messa in discussione nella presente controversia, posto che il bando non è stato impugnato e censurato specificamente sul punto con la domanda spiegata in primo grado, non essendo a tal fine sufficiente la critica, mossa nella memoria difensiva depositata in appello il 4 maggio 2021, all'errore contenuto nel bando e nel capitolato speciale e la considerazione in base alla quale si distinguono gli oneri da interferenza non ribassabili dagli oneri di sicurezza. In particolare, atteso che l'appellante principale, già ricorrente in primo grado, non ha alcun interesse a detta censura, l'impugnazione avrebbe dovuto essere proposta dal ricorrente incidentale, qui appellante incidentale, mentre con il ricorso incidentale non è stato gravato il bando di gara, né sono state formulate censure in argomento.

Pertanto l'affermazione circa il fatto che debbano essere tenuti distinti gli oneri della sicurezza (non soggetti a ribasso) di euro 344.027,63 rispetto a quelli aziendali, pari a euro 229.157,27, in quanto questi ultimi, gravanti sull'impresa, sono ribassabili e inclusi nell'ammontare del prezzo offerto di euro 7.046.854,41, non può quindi accogliersi in mancanza di apposita censura dedotta sul punto in primo grado rispetto alla *lex specialis*.

Né sono idonei a modificare quanto statuito dal bando di gara i seguenti dati di fatto:

- la circostanza che il disciplinare di gara preveda che l'importo totale dell'appalto è costituito da € 10.459.081,25 di lavori, all'interno dei quali sono presumibilmente inclusi oneri della sicurezza aziendale per € 229.157,62 (art. 2), e non anche i costi di sicurezza pari a euro 344.027,63;
- la circostanza che l'importo ribassato dell'offerta economica comprenda i “costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di

salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”, che parte aggiudicataria ha quantificato in euro 55.000 (e che l’appellante principale ha quantificato in euro 50.000).

Quanto al primo elemento, la formulazione del disciplinare è tale da non contenere un’espressa quantificazione dell’importo a base di gara, riferendosi piuttosto all’importo dei lavori, né da specificare gli oneri non ribassabili, a fronte di un bando di gara che stabilisce espressamente l’importo a base di gara e a un capitolato speciale che quantifica esplicitamente gli oneri non ribassabili (di cui al bando) in € 573.185,35.

In ogni caso, anche a ritenere che vi sia un contrasto, il bando prevale sul disciplinare: *“tra le singole previsioni, quel che assume prevalenza è il contenuto del bando di gara, in quanto le previsioni del capitolato speciale e del disciplinare possono soltanto integrare, ma non modificare, quelle poste dal bando”* (Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016 n. 2497).

Quanto invece al secondo dato di fatto sopra richiamato (la formulazione dell’offerta), esso non è idoneo a superare la statuizione contenuta nel bando di gara e non impugnata.

Innanzitutto l’offerta economica vede quale elemento preponderante e immodificabile l’importo offerto, che viene calcolato sulla base della percentuale di ribasso.

Nell’economia dell’offerta economica detto importo assume quindi una particolare rilevanza, rendendo quindi ancillari le voci che lo compongono.

Nel caso di specie, l’aggiudicataria ha offerto un ribasso parametrato all’*“importo posto a base di gara”*, che viene individuato nel solo bando, e non anche nel disciplinare, come già illustrato, e che viene ulteriormente specificato, quanto agli oneri non ribassabili, nel capitolato speciale, atteso che il disciplinare non reca riferimenti espressi all’elemento degli oneri non ribassabili.

A fronte di ciò il fatto che l’importo ribassato dell’offerta economica comprenda i *“costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di*

salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”, che parte aggiudicataria ha quantificato in euro 55.000, risulta recessivo.

L’offerta economica pertanto, pur non priva di elementi di contraddittorietà, non contraddice, nei suoi connotati essenziali, la *lex specialis*, alla luce della quale deve anzi essere interpretata.

L’importo a base d’asta va quindi individuato, in base a quanto previsto nel bando di gara, in € 9.885.895,9, oltre oneri non soggetti a ribasso, pari a € 573.185,35. E ciò si evince, come già detto dal bando di gara e dal capitolato speciale d’appalto (art. 2), oltre che dal quadro economico del progetto esecutivo, dal decreto a contrarre n. 180 del 27 dicembre 2018, dal verbale di gara n. 33 del 27/12/19 e del decreto di aggiudicazione n. 20 del 18/2/20 e dal contratto del 1° dicembre 2020 rep. n. 1476.

Detto ciò, l’aggiudicataria (qui appellata) ha presentato nell’offerta economica un ribasso del 30,33% rispetto all’*importo posto a base di gara*”, dichiarando di avere tenuto conto dei costi della manodopera, pari a € 2.000.000,00, e degli oneri di sicurezza aziendali, pari a € 54.965,61.

Individuato sopra l’importo a base d’asta, il 30,33% va calcolato in riferimento alla somma di € 9.885.895,9 ed è quindi pari a € 6.887.503,67, oltre oneri non soggetti a ribasso, che si è visto sopra essere pari a € 573.185,35 (per un ammontare complessivo di euro 7.460.689,34).

In sede di verifica di anomalia, la controinteressata, nei giustificativi, ha quantificato la propria offerta economica in complessivi euro 7.390.882,035.

Detto quantitativo non coincide con quello contenuto nell’offerta originariamente presentata dall’aggiudicataria.

L’aggiudicataria ha illustrato al riguardo come *“l’importo totale dell’appalto è costituito da € 10.115.053,62 di lavori (all’interno dei quali sono già inclusi gli oneri della sicurezza aziendale stimati dall’Autorità appaltante in € 229.157,62 e ribassabili dagli offerenti) + € 344.027,63 di costi della sicurezza non soggetti a ribasso, per un totale di 10.459.081,25”*.

Calcolando quindi il ribasso offerto del 30,333% sull'importo a base d'asta di € 10.115.053,62, si giunge alla cifra di euro 7.046.854,41, alla quale “*si aggiunge l'importo dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso nella misura fissa e non ribassabile di € 344.027,63 determinata dalla Stazione appaltante*”, per un ammontare complessivo di euro 7.390.882,04, così ritenendo coincidenti gli importi contenuti nell'offerta iniziale e nei giustificativi di cui alla verifica di anomalia. Nondimeno la spiegazione non può essere accettata. A fronte di quanto stabilito in modo espresso nel bando, il ribasso offerto dall'aggiudicataria deve calcolarsi facendo riferimento a esso, e non al disciplinare, che peraltro non contiene un espresso riferimento all'importo a base di gara, non espone la cifra di €. 10.115.053,17 (che costituirebbe il parametro del calcolo del ribasso), ma la superiore cifra di euro 10.459.081,25, né qualifica gli oneri della sicurezza pari a €. 344.027,63 come non ribassabili.

Piuttosto il ribasso offerto inizialmente va calcolato sulla base di quanto previsto dal bando, per una cifra diversa rispetto a quella oggetto della verifica di anomalia.

Così facendo la controinteressata ha modificato, in sede di verifica di anomalia, l'offerta già presentata, così violando il criterio di immodificabilità dell'offerta che presidia le gare pubbliche. Né rileva, anche in punto di inammissibilità della censura, la circostanza che la cifra ribassata sulla quale l'aggiudicataria ha prodotto le giustificazioni sia più bassa rispetto a quella inizialmente offerta, in quanto, da un lato, essa sconta la diversa, e minore, quantificazione degli oneri non ribassabili (secondo la prospettazione di parte aggiudicataria), di talché l'offerta inizialmente proposta risulta complessivamente superiore a quella presa in considerazione in sede di giustificazioni, e, dall'altro lato, la variazione viola di per sé la regola di immodificabilità dell'offerta (nei termini che saranno di seguito esposti).

La Commissione, nella seduta pubblica del 27 dicembre 2019, ha formulato la proposta di aggiudicazione per l'importo di € 6.887.503,67 (ribasso offerto del 30,33% sull'importo a base d'asta di € 9.885.895,90, così come indicato

nel bando) oltre € 573.185,35 per oneri di sicurezza, per complessivi € 7.460.689,02 (verbale n. 33). E ciò a testimoniare ulteriormente quale dovesse essere intesa come base d'asta della gara qui controversa.

Anche il contratto 1 luglio 2020 reca le medesime cifre nel preambolo e nell'art. 3.

L'importo di aggiudicazione (e del relativo contratto) è quindi quello offerto inizialmente ma è difforme da quello sul quale è stata effettuata la verifica di anomalia.

Successivamente, con decreto 25 marzo 2021 n. 53, l'Autorità ha disposto la rettifica del decreto di aggiudicazione n. 20 del 18 febbraio 20 e la stipula, in data 15 aprile 2021, di un contratto aggiuntivo con la controinteressata, avente ad oggetto l'importo contrattuale ridotto a complessivi euro 7.390.882,04 (coincidente con quello esposto in sede di giustificazioni).

L'andamento dell'intera gara e delle successive vicende contrattuali costituiscono il portato dell'intervenuta modifica dell'offerta economica presentata dall'aggiudicataria in sede di verifica di anomalia, non ammessa dalla disciplina di settore.

Il *sub* procedimento di verifica dell'anomalia non ha infatti quale obiettivo la riparametrazione dell'offerta alla luce delle sollecitazioni provenienti dalla stazione appaltante, ma quello di verificare la serietà dell'offerta già formulata.

Nelle procedure di gara è sì consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo, non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o normative, ma anche al fine di porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, purchè resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica.

L'entità della complessiva offerta economica deve rimanere immutata in ossequio alla regola dell'immodificabilità dell'offerta (Cons. St., sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873, 28 febbraio 2020, n. 1449 e 8 gennaio 2019, n. 171).

La *ratio* dell'immodificabilità dell'offerta è duplice: il rispetto della *par condicio creditorum* (Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389 e 31 agosto 2017, n.

4146) e la verifica della serietà dell'offerta (a tutela della stazione appaltante e delle valutazioni di economicità ed efficacia dell'agire pubblico). Sicché la violazione della regola di immodificabilità dell'offerta coinvolge i fondamenti dell'intera disciplina di gara, stante l'afferenza della regola della *par condicio* al principio di concorrenza e delle istanze di serietà dell'offerta al criterio di efficienza della spesa pubblica (Considerando 2 dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE).

Ne deriva che la variazione dell'offerta economica operata dall'aggiudicataria viola la regola di immodificabilità dell'offerta quale presidio della *par condicio* fra i candidati e di serietà dell'offerta.

Del resto, l'intervenuta modifica contrattuale del corrispettivo dell'appalto (di cui all'atto aggiuntivo 15 aprile 2021) testimonia la concreta incidenza della variazione operata in sede di gara sulla serietà dell'offerta e sulla posizione dell'Amministrazione, che ha ritenuto di stipulare un atto aggiuntivo al contratto per tenere conto dell'(inammissibile) modifica dell'offerta avvenuta durante la gara, così esponendo la parte pubblica all'incertezza derivante dalla variazione dell'offerta: tale circostanza rende evidente l'ambiguità dell'offerta presentata, che non ha reso possibile giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno assunto (Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018 n. 113).

13.6 Il motivo deve quindi essere accolto.

Del resto, il Tar, pur avendo rilevato la “*differenza tra quanto offerto e giustificato dal Consorzio controinteressato e quanto fatto oggetto di contratto*”, non ne ha tratto le conseguenze in ordine alla legittimità degli atti di gara, pur avendo disposto, per tale profilo, la trasmissione di copia della sentenza oggetto della odierna impugnazione “*alla Procura presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Siciliana e alla Procura della Repubblica di Messina.*”

Anticipando il convincimento che l'appello incidentale (sul quale ci si diffonderà di seguito) sia infondato, l'accoglimento del motivo di appello scrutinato determina l'esclusione del raggruppamento avente come

mandatario il Consorzio stabile Progettisti e Costruttori (da qui il carattere assorbente del motivo) e l'annullamento della conseguente aggiudicazione.

A ciò consegue la declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato fra l'Autorità di sistema portuale dello Stretto e il suddetto raggruppamento e di subentro del raggruppamento avente come mandataria Jonica 2001, nei termini che saranno indicati quando saranno esaminate le ulteriori domande (di tutela in forma specifica e, subordinatamente, di risarcimento per equivalente) contenute nell'appello principale, in esito allo scrutinio dell'appello incidentale.

14. Scrutinato l'appello principale e accolto il suddetto motivo assorbente, il Collegio esamina l'appello incidentale, con il quale sono riproposti i motivi del ricorso incidentale.

14.1. Il Collegio premette la seguente considerazione alla valutazione delle doglianze contenute nell'appello incidentale.

La decisione assunta all'esito dello scrutinio dell'appello principale obbliga la stazione appaltante a procedere alla verifica dei requisiti nei confronti del raggruppamento avente come mandataria Jonica 2001 ai sensi dell'art. 32 comma 7 del d. lgs. n. 50 del 2016.

L'esercizio di tale potere/dovere da parte della stazione appaltante è diretta conseguenza della decisione di accogliere l'appello principale annullando l'aggiudicazione, dichiarando l'inefficacia del contratto e il subentro del raggruppamento 3ti Italia, non essendovi, in precedenza, le condizioni attualizzanti il dovere di controllo dei requisiti nei confronti del medesimo, non risultato aggiudicatario all'esito della gara.

Atteso che è impedito a questo Giudice di scrutinare censure che impongano di valutare documentazione non ancora ponderata dall'Amministrazione ostandovi il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, c.p.a. (secondo cui il giudice non può pronunciare "*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*"), l'evenienza (censure che richiedono a questo Giudice di verificare la

sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara esaminando la documentazione che li comprova prima che la valuti la stazione appaltante) non ricorre quando le critiche mosse dall'appellante incidentale si riferiscono alle dichiarazioni rese in sede di offerta o comunque alla documentazione inserita nel relativo plico, come nei motivi dedotti con l'appello incidentale (che quindi vengono scrutinati nei limiti di dette deduzioni).

15. Il primo motivo riproposto dall'appellante incidentale riguarda il mancato rispetto dell'art. 92 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2020 con riferimento ai lavori della categoria OG 11, atteso che la mandataria Jonica 2001 raggiunge il 32% e le mandanti Sorbello Alfio s.r.l. e Co.Cer. soc. coop. rispettivamente il 9% e il 59%.

15.1. Si osserva quanto segue.

Nella domanda di partecipazione del raggruppamento appellante principale si legge che le quote di partecipazione ed esecuzione sono, per quanto riguarda i lavori della categoria OG11 class. IV bis, sono il 32% per la mandataria Jonica 2001, e la mandante Sorbello Alfio s.r.l. il 9% (invece del 10%) e il 59% per la mandante Co.Cer. soc. coop.

Lo scrutinio della doglianza richiede di affrontare alcune questioni preliminari.

La prima è funzionale a stabilire se, in caso di sub-raggruppamenti, la regola di cui all'art. 92 comma 2 del d. lgs. n. 50 del 2016 debba essere rispettata con riferimento al raggruppamento nel suo complesso o richieda che in ciascun singolo sub-raggruppamento sia applicata detta prescrizione, dal momento che nel primo caso la doglianza (essendo funzionale a censurare la suddivisione interna al sub-raggruppamento) risulta infondata senza necessità di ulteriore approfondimento.

Nondimeno la giurisprudenza ha ritenuto che nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente, in particolare applicandosi al sub-raggruppamento orizzontale le regole proprie di tale tipologia di raggruppamenti. Ciò in quanto *“la partecipazione in forma congiunta*

di più imprese associate alla realizzazione di opere di una categoria scorporabile o secondaria implica la formazione di un raggruppamento misto nel quale, accanto al modello associativo di tipo verticale, che inerisce necessariamente alla previsione di scorporabilità, si affianca un'associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile", con conseguente applicabilità della disposizione di cui all'ultimo periodo dell'art. 48 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. St., sez. V, 3 maggio 2021 n. 3464), in forza del quale i lavori riconducibili alla categoria prevalente o alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale. In tal senso deve quindi essere intesa la dichiarazione del raggruppamento avente come mandataria Jonica 2001 circa il carattere orizzontale del medesimo.

La necessità di valutare il rispetto della regola di cui all'art. 92 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010 con riferimento al singolo sub-raggruppamento, nel caso di specie enucleato dall'appellante incidentale con riferimento i lavori della categoria OG11 class. IV bis, comporta la necessità di approfondire la tematica.

Ai sensi dell'art. 92 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010 "i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate".

In base a detta disposizione pertanto:

- la mandataria e le mandanti debbono possedere i requisiti di qualificazione nelle percentuali ivi indicate (40% per la mandataria e 10% per le mandanti), salvo che la mandataria deve comunque possedere i requisiti in misura superiore rispetto a ciascuna delle mandanti;
- le quote di partecipazione al raggruppamento possono essere stabilite “*entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato*”;
- i lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, “*fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*”.

La norma prescrive quindi specifiche regole con riferimento ai requisiti di partecipazione, laddove la disciplina delle quote di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione dei lavori richiede di rispettare i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione, non di coincidere. Ciò è reso evidente, con riferimento alle quote di partecipazione, dalla stessa lettera della disposizione (“*Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato*”) e, con riferimento alle quote di esecuzione, dal fatto che è prescritto che debbano essere conformi a quanto indicato in sede di offerta, “*fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*”. Da tale ultima locuzione si evince che le quote di esecuzione indicate in sede di offerta non è necessario che coincidano con i requisiti di qualificazione e possono essere modificate, previa autorizzazione della stazione appaltante, purchè nei limiti dei requisiti di qualificazione posseduti, che costituisce quindi il parametro anche per l’ampiezza delle quote di esecuzione.

La disposizione riconosce quindi “*piena libertà delle imprese partecipanti al raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via*

preventiva (art. 92, co. 2, secondo periodo), sia in via successiva (art. 92, co. 2, quarto periodo, sia pure previa autorizzazione), fermo il limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata" e "piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il solo limite rappresentato "dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato" (Ad. plen. 27 marzo 2019 n. 6).

Il motivo riproposto è stato articolato con riferimento alle quote di partecipazione e di esecuzione esposte nella domanda formulata da Jonica per partecipare alla gara (*"Nella specie il costituendo r.t.i. con capogruppo mandataria JONICA 2001 ha dichiarato, nella propria domanda di partecipazione alla gara, con riferimento alla categoria OG11, le seguenti quote di partecipazione ed esecuzione: JONICA 2001, mandataria, 32%; Alfio Sorbello, mandante, 9%; Co.Cer. soc. coop., mandante, 59%"*), così l'appello incidentale).

Il dato delle quote di partecipazione e di esecuzione indicate nell'offerta non è peraltro di per sé non conforme all'art. 92 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010, essendo quest'ultimo riferito, con precipuo riferimento alle percentuali del 40% e del 10%, oltre che al possesso maggioritario da parte della mandataria, ai requisiti di qualificazione, non alle quote di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione dei lavori, che possono essere inferiori alle quote di qualificazione.

Né può desumersi il mancato rispetto delle prescrizioni circa i requisiti di qualificazione di cui all'art. 92 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010 dalle quote di esecuzione e di partecipazione esposta nella domanda da parte del raggruppamento, considerata la "piena libertà" riconosciuta in tale senso, con il solo limite del rispetto dei requisiti di qualificazione.

Ne deriva che il motivo, per come formulato (e fatto salvo quanto si dirà nel prosieguo con riferimento alla mandataria), non può essere accolto: l'aspetto rilevante al fine di stabilire la violazione, o meno, dell'art. 92 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010, cioè il rispetto dei requisiti di qualificazione, non è stato allegato (almeno con riferimento al rispetto della percentuale prescritta

per la mandante), né è stato comprovato (non essendo in tal senso sufficiente il richiamo alla dichiarazione resa in sede di requisito di domanda di partecipazione).

Con specifico riferimento alla mandataria il motivo contiene un espresso riferimento alla violazione della percentuale del 40% dei requisiti di qualificazione e alla titolarità in misura maggioritaria di detti requisiti.

Anche con riferimento a tale ultimo aspetto, comunque adeguatamente supportato dal punto di vista probatorio, la censura non è meritevole di accoglimento.

Appurato che trovano applicazione per il sub-raggruppamento orizzontale le regole proprie stabilite per siffatta tipologia di raggruppamenti, occorre che il sub-raggruppamento orizzontale sia dotato di una capogruppo mandataria che rispetti la percentuale di possesso dei requisiti di qualificazione del 40% e che assuma i requisiti in misura superiore agli altri componenti del sub-raggruppamento.

Nondimeno è possibile desumere, in via implicita, la qualità di mandataria del sub-raggruppamento dalla circostanza di fatto dell'assunzione delle quote di partecipazione e di esecuzione dei lavori delle categorie scorporabili in misura maggioritaria (Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2020 n. 7751), con la precisazione *“- sulla quale la giurisprudenza concorda - che la capogruppo dell'intero raggruppamento, così qualificata per la categoria prevalente, può essere nel contempo mandante del sub-raggruppamento costituito per l'esecuzione dei lavori della categoria scorporabile”* (Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2020 n. 7751 e 31 luglio 2019 n. 5427). Ciò in quanto se quelle quote possono essere inferiori alla percentuale di requisiti di qualificazione posseduti, non possono essere superiori, così attestando il possesso dei requisiti quantomeno nella percentuale ivi indicata.

Nel caso qui controverso, pertanto, nell'ambito del sub-raggruppamento relativo ai lavori della categoria OG11, deve essere riconosciuta la qualifica di mandataria a Co.Cer. soc. coop., non a Jonica, che ha esposto una quota di

partecipazione e di esecuzione dei relativi lavori pari al 59% (quindi superiore al 40% e maggioritaria).

Non può pertanto essere accolta, nei termini nei quali è stata formulata, la censura di violazione dell'art. 92 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010.

16. Con il secondo motivo l'appellante incidentale ha riproposto la censura relativa alla posizione di Co.Cer. soc. coop., che si sarebbe impegnata a eseguire i lavori sia come mandante del raggruppamento appellante principale sia come impresa ausiliaria di un altro concorrente alla stessa gara (Costruzioni e Tecnologie consorzio stabile s.c. a r.l., mandante del raggruppamento avente come mandataria Pisciotta Costruzioni s.r.l.).

In particolare, l'attestazione SOA di Costruzioni e Tecnologie sarebbe riferita, come in essa risulta attraverso l'indicazione del codice fiscale 05000250877, all'impresa SO.R.EDIL s.r.l., con previsione di *“data scadenza intermedia (Cons. stab.)” dell'8 agosto 2019. “Pertanto, stante l'insufficienza dei requisiti delle altre consorziate 3 EFFE s.r.l. e RI.CO. s.r.l., Costruzioni e Tecnologie Consorzio stabile produceva in gara una nuova SOA, riferita alla impresa consorzziata M.S.P. s.r.l., con sede in Catania, corso Italia 85, la quale apporta le categorie OG1 e OG11. Ma la società M.S.P. ha conseguito la SOA per avvalimento dei requisiti speciali conferiti dalla impresa ausiliaria Co.Cer. soc. coop. (c.f. 04329070876), con sede in Catania, corso Italia 85”.*

16.1. Al riguardo si osserva che:

- non risulta agli atti di gara che Co.Cer. soc. coop. abbia stipulato contratto di avvalimento ai fini della partecipazione alla gara della mandante Costruzioni e Tecnologie del raggruppamento mandataria Pisciotta Costruzioni s.r.l.: l'attestazione SOA allegata in gara, e depositata in giudizio, non reca riferimenti a Co.Cer. soc. coop., né a M.P.S., né al relativo identificativo fiscale, e riporta la sussistenza di un'attestazione avente data di scadenza intermedia l'8 agosto 2019 e scadenza quinquennale al 10 maggio 2022 (anche l'attestazione SOA di SO.R.EDIL s.r.l., depositata in giudizio dall'appellante incidentale, reca quale data di scadenza triennale l'8 agosto 2019 e di scadenza quinquennale l'8 agosto 2022);

- in tal senso, a fronte delle affermazioni del rup (*“Dalla documentazione allegata alla domanda di partecipazione alla gara del RTI costituito dalle imprese Pisciotta Costruzioni s.r.l., e Costruzioni e Tecnologie, riguardo al motivo del ricorso incidentale sopra illustrato non sono stati del pari reperiti elementi riguardanti gli stessi aspetti oggetto delle eccezioni mosse. In particolare, non risulta la nuova SOA prodotta da Costruzioni e Tecnologie Consorzio Stabile, riferita ad M.S.P. s.r.l. asseritamente conseguita dalla CO.CER. Soc. Coop. in sostituzione della SOA riferita all’Impresa SO.R.EDIL s.r.l. scaduta l’08/08/2019”*), così dalla relazione depositata il 4 dicembre 2020), non è sufficiente a ritenere il contrario la produzione in giudizio dell’attestazione SOA riferita ad M.S.P. s.r.l., asseritamente conseguita dalla Co.Cer. soc. coop. in sostituzione della SOA riferita all’Impresa SO.R.EDIL s.r.l., in mancanza di elementi di collegamento con la gara controversa.

Ne deriva che non è comprovata la ricorrenza del presupposto di fatto della censura. Del resto, non può tenersi conto di un’attestazione SOA non prodotta in corso di gara: a fronte delle dichiarazioni del rup, anche a voler ritenere che l’avvalimento dell’attestato SOA di SO.R.EDIL s.r.l. scadesse l’8 agosto 2019, detta circostanza, in assenza (come accertato dal rup) di ulteriore attestazione SOA (nel caso di specie riconducibile, in tesi, a Co.Cer. soc. coop.), avrebbe determinato l’esclusione del raggruppamento avente come mandataria Pisciotta Costruzioni s.r.l., non determinando invece conseguenze sul raggruppamento appellante principale.

Tanto basta per ritenere infondata la censura.

17. Con il terzo motivo l’appellante incidentale ha riproposto la censura relativa al sopralluogo per il raggruppamento appellante principale, che sarebbe stato effettuato soltanto dalla mandante Sorbello Alfio s.r.l., senza alcuna partecipazione o delega da parte della mandataria e dell’altra mandante.

17.1. La censura è infondata.

Il sopralluogo è stato effettuato in data 12 febbraio 2019 dal delegato della mandataria Jonica 2001, sig. Orazio Villari, e dal sig. Alfio Sorbello, con

delega della mandante, come risulta dall'attestazione dell'Amministrazione avente pari data e dalle deleghe depositate in atti.

La circostanza è stata altresì confermata dal rup nella relazione del 4 dicembre 2020, dove si legge che *“nel Modello di Dichiarazione Sopralluogo in data 12/02/2019 (ALL.8) si attesta che i signori Villani Orazio e Sorbello Gaetano in qualità di delegati della costituenda ATI JONICA 2001 Soc. Coop. (capogruppo) + ALFIO SORBELLO IMPRESA EDILE STRADALE hanno effettuato sopralluogo sui luoghi dove dovranno eseguirsi i lavori”* e si dà atto che *“agli atti dell'Ufficio tecnico dell'Autorità Portuale risulta la copia dello stesso modello di cui sopra con allegate le seguenti deleghe:*

- Delega in data 08/02/2019 della JONICA 2001 Società Cooperativa (ALL.9) all'arch. Villani Orazio, nato a Catania il 19/12/1988 per prendere visione dei “Lavori di riqualificazione e rifunzionalizzazione dell'edificio Uffici e Padiglione di ingresso della Fiera di Messina”;

- Delega in data 08/02/2018 dell'Impresa SORBELLO ALFIO (ALL.9) al sig. Sorbello Gaetano, nato a Catania il 04/06/1974, per prendere visione della documentazione di gara, nonché a poter effettuare, in pari data, sopralluogo sulle aree e sugli immobili interessati dai lavori”.

Non si rinviene pertanto il presupposto di fatto dell'asserita violazione il disciplinare di gara, che dispone che l'effettuazione del sopralluogo sui luoghi interessati dai lavori costituisce *“elemento essenziale per la formulazione dell'offerta ed è pertanto obbligatorio”*, comminando, in difetto, *“l'esclusione dalla gara”* (punto 5 lett. F).

17.2. La censura non è pertanto meritevole di accoglimento.

18. L'appello incidentale deve quindi essere respinto.

19. L'accoglimento dell'appello principale determina, come già sopra detto, l'annullamento dell'aggiudicazione al raggruppamento avente come mandatario il Consorzio stabile Progettisti e Costruttori e degli atti connessi.

Deve a questo punto essere esaminata la domanda di inefficacia del contratto già stipulato e del subentro nello stesso dell'appellante.

Ferma la necessità da parte della stazione appaltante di verificare l'effettivo possesso dei requisiti in capo all'appellante, entrambe le domande (di inefficacia del contratto e di subentro) vanno accolte ricorrendo i presupposti previsti dall'art. 122 c.p.a.

Non sono infatti state evidenziate specifiche e obiettive ragioni ostative derivanti dallo stato di esecuzione del contratto o da altre effettive circostanze che ostino al predetto subingresso (che, anzi, il contratto risulta stipulato l'1 dicembre 2020 a fronte di una previsione di durata del contratto di 330 giorni), né deve essere rinnovata la procedura.

Ai sensi dell'art. 122 c.p.a. viene fissata la decorrenza dell'inefficacia del contratto già stipulato con il raggruppamento avente come mandatario il Consorzio stabile Progettisti e Costruttori, al fine di lasciare alla stazione appaltante un ragionevole lasso di tempo per completare la procedura di gara, a far data dal 45° giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione. Entro tale arco temporale la stazione appaltante procederà alle verifiche di legge nei confronti dell'odierna appellante e, in caso di esito positivo, all'aggiudicazione della gara e stipulazione del contratto, curando le operazioni di subentro nel contratto.

In ogni caso, ivi compreso il ritardo nel completamento dei suddetti adempimenti oltre il 45° giorno ovvero la impossibilità di aggiudicare alla ricorrente per difetto dei requisiti, il contratto stipulato perde efficacia alla suddetta data, e le prestazioni urgenti potranno essere assicurate con le modalità consentite dall'ordinamento vigente.

Non vi è luogo a provvedere sulla subordinata domanda di risarcimento per equivalente, essendo stata accordata la tutela in forma specifica e considerato il breve lasso di tempo trascorso dalla stipulazione del contratto.

20. In conclusione, assorbita ogni altra censura, il Collegio:

- accoglie l'appello principale e, in riforma dell'appellata sentenza, accoglie il ricorso introduttivo e annulla il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto per cui è causa unitamente agli atti ad esso connessi;

- respinge l'appello incidentale;
- dichiara inefficace, in applicazione ed in forza dell'art. 122 c.p.a., il contratto stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione, a far data dal 45° giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione, e dispone il subentro del raggruppamento appellante principale a far data dalla stipula del nuovo contratto fra il raggruppamento avente come mandataria Jonica 2001 e l'Amministrazione, fatti salvi i poteri di controllo che residuano in capo a quest'ultima.

21. Le spese del doppio grado di giudizio, e il contributo unificato, seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

Le spese del contributo unificato, per entrambi i gradi di giudizio, ai sensi dell'art. 13 comma 6-*bis* del d.P.R. n. 115 del 2002, gravano sulla parte soccombente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando: sull'appello, come in epigrafe proposto,

- accoglie l'appello principale e, in riforma dell'appellata sentenza, accoglie il ricorso introduttivo e annulla il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto per cui è causa unitamente agli atti ad esso connessi;
- respinge l'appello incidentale;
- dichiara inefficace, in applicazione ed in forza dell'art. 122 c.p.a., il contratto stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione, a far data dal 45° giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione, e dispone il subentro del raggruppamento avente come mandataria Jonica 2001 soc. coop. a far data dalla stipula del nuovo contratto fra il raggruppamento avente come mandataria Jonica 2001 e l'Amministrazione, fatti salvi i poteri di controllo che residuano in capo a quest'ultima;
- condanna Consorzio stabile Progettisti e Costruttori a rimborsare le spese alle altre parti costituite, liquidandole in euro 3.000, oltre accessori di legge, a

favore di ciascuna di esse, l'Autorità di sistema portuale dello Stretto e Jonica 2001 soc. coop., ponendo altresì a carico del primo il contributo unificato. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso dal C.G.A.R.S. con sede in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2021, tenutasi da remoto e in modalità telematica e con la contemporanea e continua presenza dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Giovanni Ardizzone, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO